

"Faire, Dire puis Ecrire la norme juridique, trois étapes d'une juridicité intégrative"

Note de recherche sur l'incidence interculturelle des facteurs de formalisation¹

« Codifier c'est mettre en forme et mettre des formes » P. Bourdieu

Résumé : Notre culture juridique repose sur des croyances qui ne sont pas toujours examinées, discutées et validées avec toute la rigueur nécessaire. Il en va ainsi de la notion de coutume et de ce qui est dénommé droit coutumier, une sorte de passage obligé, voire de « tarte à la crème » des études de sociologie et d'anthropologie du droit. Cette note de recherche met au clair les conséquences que l'on doit tirer des nouvelles avancées de la recherche et des postulats qui autorisent à distinguer trois niveaux d'une vie juridique réhabilitant le champ des pratiques et l'interculturalité du cadre normatif.

L'objet de cette note est de mettre au clair quelques observations et analyses qui ont émergé lors de la rédaction de *Faire Communs*, (à paraître), en particulier l'idée que 'faire selon des habitus', donc selon des dispositions durables qui n'ont pas besoin s'être systématiquement exprimées oralement pour produire des effets de juridicité, pourrait être considéré comme la base d'un processus qui, au fil de transformations, conduit au droit tel que nous le connaissons en Occident depuis deux ou trois siècles. Ce processus que notre tradition juridique tient pour unilinéaire dans la perspective de l'évolutionnisme naïf du XIX^e siècle et couronné par le « règne de la loi » à l'échelle du monde est en réalité d'une plus grande complexité. Et, de même que j'ai récemment montré que, comme le monsieur Jourdain du *Bourgeois-gentilhomme* de Molières pratiquait la prose sans le savoir, nous mobilisons aussi implicitement les Communs au quotidien (Le Roy, 2015), de même nous produisons une juridicité « implicite et inférentielle » selon une distinction pertinente de regretté Rod. Macdonald (1988). Je pose que « faire la norme par un geste ou un acte posé » est présent dans la vie juridique sans avoir à recourir à des discours et à des écrits qui, pourtant, n'existeraient pas sans ces gestes posés dans la pratique quotidienne. Ce sont donc les soubassements de nos expériences juridiques qui s'agit de réexaminer, voire d'exhumer et je le ferai en rappelant d'abord les postulats d'une anthropologie politique de la juridicité. Puis je synthétiserai la problématique telle qu'elle s'est constituée depuis le milieu des années 1960 pour entrer enfin dans une illustration interculturelle de la place respective de l'écriture et du discours face à un « faire la norme juridique réhabilitée. »

Des postulats déjà expérimentés

Mes raisonnements reposent sur des observations ou des considérations que je poserai comme des postulats par économie de l'argumentation puisqu'elles ont fait l'objet de publications récentes, en particulier *Une juridicité plurielle pour le XXI^e siècle* (EUE,

¹ Etienne Le Roy, professeur émérite d'anthropologie du droit, directeur honoraire du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, Université Panthéon-Sorbonne, Paris 1.

2017) et *Faire 'Communs* », une anthropologie d'une juridicité en-deçà et au-delà du droit, à paraître.

- Mon postulat de base est de poser que les *habitus*, la coutume et le droit positif appartiennent à un même ensemble processuel dit juridicité qui pourrait être observé dans toutes les sociétés selon des conditions discriminantes qui peuvent être très contraignantes et des développements à chaque fois originaux. Ce postulat a trois conséquences immédiates. Tout d'abord, la notion de droit ne peut apparaître qu'en lien avec une construction politique monologique dite « État souverain ». Ensuite, le droit n'est plus le concept recteur de la normativité qui devient donc la juridicité et n'apparaît que sous certaines conditions, voire à certaines périodes. Le droit peut être tenu ainsi pour un « *folk system* », une expression originale et locale d'une extension variable et sans prétention à un universalisme a priori. C'est une production de la civilisation occidentale qui a été exportée à travers le monde sous des conditions qui furent parfois, avec les colonisations, d'une extrême violence.

- Mon deuxième postulat est de supposer que les diverses expressions de la juridicité et en particulier ce qu'on désignera comme « *habitus*, coutume et droit positif » se distinguent moins par le contenu des normes qu'elles préconisent ou imposent que par les formes qui les façonnent et les identifient. Très tôt, dans mes recherches africanistes, ce que j'appelais encore un « droit des formes » s'est imposé en travaillant la notion d'oralité juridique (Le Roy, 1974) et je n'ai cessé, depuis, de reprendre, corriger, amender ces premières distinctions qui exagéraient la portée du « Dire », en ignorant le « Faire ».

- Mon troisième postulat est associé à une anthropologie dynamique (Le Roy, 1999) et suppose que « tout change et la seule chose qui ne change c'est que tout change ». Donc les solutions normatives adoptées à un moment de l'histoire des sociétés s'adaptent aux changements économiques, politiques ou idéologiques, tantôt vers un renforcement de l'appareil juridique puis du respect des formes juridiques, tantôt vers une plus grande plasticité de leurs applications et adaptations, voire de leur contestation ou récusation. De même que derrière le droit des manuels il y avait, selon Michel Alliot, (2002) des pratiques potentiellement originales, de même la juridicité n'est pas tant ce qu'en disent les cadres institués (dont les textes) mais ce qu'en font les acteurs.

- Ces acteurs sont, c'est un quatrième postulat, l'alpha et l'oméga de nos observations. Ce n'est donc pas la norme juridique qui sera le point de départ du raisonnement mais la manière selon laquelle les acteurs décident d'une norme et de son application. Sans doute, actuellement, la bureaucratisation de la formalisation du droit nous a fait parfois oublier que ce sont des agents sociaux qui sont au centre de ces activités mais ce rappel est d'autant plus urgent que l'économie numérique et les transformations de la gestion administrative conduisent à la déshumanisation des rapports juridiques.

- Du fait du rôle central de l'acteur, notre cinquième postulat choisit le pluralisme juridique radical comme cadre paradigmatique de nos raisonnements. Nous considérons que, quelle que soit la société, de la plus « rustique » aux constructions contemporaines, tout individu appartient par héritage, options volontaires ou impositions plus ou moins violentes à une « pluralité de mondes ». Reposant sur les travaux des sociologues Boltanski et Thévenot d'une part, et de l'anthropologue Appadurai de l'autre, (Le Roy, 1999, 2017) ce paradigme suppose que l'individu a la faculté de choisir le régime de juridicité auquel il veut ou peut être soumis, qu'il dispose, au moins de façon implicite,

d'une pluralité d'options qu'il peut rendre complémentaires ou qui se révèlent contradictoires et le conduisent à se soumettre à la seule loi de l'État. Enfin, l'État n'a pas le monopole de la juridicité même si on lui a attribué celui du droit.

- Le sixième postulat constate que les sociétés contemporaines, quelles qu'elles soient, sont inscrites dans une complexité qui existait auparavant mais qui se révèle être une des caractéristiques structurales de ce nouveau siècle. La complexité est plus que de simples complications car elle suppose un régime d'incertitude bien différent du sentiment de sécurité qu'induisait le mythe du progrès « à tout va ». Une de ses implications est de nous faire observer les effets simultanés ou successifs de la pré-modernité, de la modernité et de la post modernité, trois séquences historiques et culturelles qui rythment le rapport à la normativité depuis l'horizon européen et qui sont maintenant concurrencées voire contestées par l'invention de néo-modernités africaines ou asiatiques.

- Et finalement le septième et dernier postulat est de prétendre que ce qui se passe au Sud et à l'Est est au moins aussi décisif pour l'avenir de l'humanité que ce que nous vivons ici et maintenant en Occident, lequel ne peut plus prétendre au monopole de la normativité. De même, la part de *l'homo faber* qui reste en nous et qui interfère dans la production du « faire la norme » peut se révéler critique dans notre perception de la production de *l'homo sapiens sapiens* que nous prétendons incarner.

Une problématique cinquantenaire

Cette problématique a pour origine mes années de formation, donc la décennie 1960. Cette décennie est en particulier marquée par l'accès à l'indépendance des anciens territoires coloniaux où je suis appelé à exercer à terme ma pratique professionnelle d'anthropologue du droit. Or cet accès à l'indépendance politique n'est qu'un bluff, un théâtre d'ombres car le « développement » qui est supposé permettre aux populations africaines de combler les handicaps issus de la colonisation, n'est en fait qu'un « enveloppement » des sociétés par le biais d'institutions supposées répondre aux exigences du progrès et ainsi réputées « modernes » (Le Roy, 1971). Derrière ces explications et une mythologie du développement qu'avait bien mise en évidence Gilbert Rist, (1994), il y a, du côté français, le volonté de poursuivre et de généraliser la politique coloniale d'introduction puis d'imposition du droit civil et administratif pour des raisons prétendument nobles et désintéressées (accéder aux bienfaits de la 'civilisation') mais en réalité associées à des conditions géopolitiques (conflit Est-Ouest) et au maintien d'un « pré carré » économique-financier. En outre, un paradoxe m'avait impressionné durablement, le choix des élites africaines de prétendre appliquer à toutes leurs populations les normes coloniales qui les avaient asservies et exploitées auparavant et continuaient à apparaître comme doublement étrangères, par leur origine « européenne » d'une part, par les valeurs individualistes associées au capitalisme et à une démocratie formelle présidentielle et à tendance dictatoriale. J'ai dès lors, et dès ma thèse d'État en 1970, revendiqué l'urgente nécessité de faire émerger une véritable décolonisation juridique sans être entendu. Près de cinquante ans après, une telle exigence reste d'actualité (Le Roy, 2018), ce qui en dit long de la force et de la longévité de processus de dépendance et d'exploitation à l'œuvre.

Le « droit » est ainsi apparu comme une machine tant à décerveler les uns (les élites) qu'à abrutir les autres (leurs concitoyens) en leur faisant prendre des vessies pour des lanternes, les bénéfiques supposés des « lendemains qui chantent » devant compenser le rouleau compresseur du développement et les inconvénients de changements trop rapides pour être contrôlables.

- À partir des années 1970, deux outils sont particulièrement convoqués dans ma recherche, une présentation de la réalité pour disqualifier les expériences millénaires africaines et leur mise en forme normative, par l'oral ou par l'écrit.

Pour ce qui concerne cette présentation de la réalité sur laquelle je réduis mes commentaires malgré leur incidence négative, il s'agit d'une représentation de la réalité qui repose sur le principe que l'anthropologue Louis Dumont (Dumont, 1984) qualifiait « d'englobement du contraire ». Au nom d'une exigence de généralité, cette réalité est ramenée à deux ensembles dont les composantes sont sélectionnées pour permettre de faire prévaloir scientifiquement, idéologiquement et politiquement l'un des deux ensembles, eurocentré. Puis les réponses de l'autre ensemble (supposé « africain ») sont pensées comme le double contraire de ces « bonnes variables », sans autre justification que d'explicitier les rationalisations vagues et ethnocentriques de la science coloniale. Cela a les apparences de la science mais ce n'est pas de la science ainsi que le colloque que je co-organise en septembre 1980 avec Émile Le Bris, sur la base d'un travail d'un comité scientifique d'une quinzaine de membres, en 1979, sur les fondements des politiques foncières. *Enjeux fonciers en Afrique noire* (1982, 23-26) explicite, avec la notion de « référent pré-colonial », et illustre ce procédé caricatural. Puis cette critique va trouver une autre application dans *l'Encyclopédie juridique de l'Afrique* avec les commentaires « sidérants » relatifs au droit coutumier africain et à l'exigence des jurisprudents coloniaux de passer de la forme originelle orale de la coutume (Le Roy, 1982) au droit coutumier écrit. Son « modèle » reste pour moi *Les coutumiers juridiques de l'AOF* (Paris, Larose, 1939) que j'ai plusieurs fois commenté.

Nous sommes ici au cœur du problème, qui est en fait un « non-problème » pour la quasi-totalité des analystes des politiques juridiques appliquées en Afrique tant avant qu'après les indépendances. La littérature de l'époque semble être unanime à considérer que le passage de la forme orale à la forme écrite est un progrès qui, comme tel, ne se discute pas. Car l'écrit est supposé apporter une sécurité juridique dont on ne cherche pas vraiment à savoir si les conditions techniques en sont réunies. Le foncier au Sénégal avait déjà illustré le contraire (Le Roy, 1982, T. 5) mais il y a, face aux questions légitimes qu'un chercheur, surtout débutant, doit se poser une opinion scientifique reposant sur une culture de l'à-peu-près, d'un vraisemblable non vérifié par une bonne enquête de terrain et d'une idéologie « savante » dont le souci premier est de légitimer l'œuvre coloniale et l'expérience civiliste en particulier. Celle-ci est tenue pour un des joyaux de notre « civilisation » et y renoncer est le fait d'un mauvais patriote, d'un saboteur de notre présence en Afrique face à la concurrence des Anglo-Saxons. Outre de multiples contributions de juristes positivistes, quelques anthropologues ont emboité le pas en retrouvant les travaux du plus illustre d'entre eux, à l'époque, Claude Lévi-Strauss. Les travaux de ce dernier ne portent ni sur le droit (ses critiques des juristes dans *Tristes Tropiques* (1955) sont d'une rare méchanceté) ni sur l'Afrique mais, avec lui, on voit se stabiliser une « idéologie nocturne de savant », donc non critiquée, selon la belle expression de Gaston Bachelard, sur la supériorité manifeste de l'écrit. La conséquence d'une telle idéologie sur la prise en compte des expériences juridiques des Africains est

dévastatrice. Soit parce qu'orales leurs coutumes ne relèvent pas du droit (ce qui n'est pas totalement faux mais pas pour leurs raisons) soit parce que cette oralité doit être mise en forme par le recours à l'écrit, seule condition pour accéder au droit sous l'appellation « droit coutumier ».

- La décennie 1980 voit quelques belles empoignades soit à partir de Bruxelles avec les grands colloques organisés pour la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions par Jacques Vanderlinden (1984, 1988, 1990) soit à Paris, dès 1980, par Michel Alliot (2002) et le Laboratoire d'Anthropologie juridique (1980, non publié). Face à une tribu de professeurs de droit archaisants et quelques juristes qui se posent des questions mais sont effrayés par les réponses, un petit collectif très international car comprenant des auteurs australiens, américains, canadiens, britanniques, néerlandais, belges, allemands et français partage deux observations. Pour eux, rédiger la coutume est, selon une expression de Jacques Vanderlinden, la « mettre à mort », d'autre part, la coutume n'est pas une forme avariée et bâtarde du droit mais une expression originale de quelque chose que certains dénomment encore D/droit et que je qualifierai de « juridicité » à partir de mon *Jeu des lois* (1999).

Ensuite, mais de façon peu ordonnée, on voit apparaître deux positionnements scientifiques qui ne relèvent pas vraiment des « écoles anthropologiques » mais en recourent certaines positions. Il y a d'un côté des structuralistes et des néo-marxistes qui ne s'intéressent pas à la coutume mais à un « précédent » normatif qui est évoqué pour justifier la critique positive ou négative qu'on fera de l'ensemble du processus de transformation des sociétés, pour ou contre l'État et sa loi, pour ou contre le Marché et le Capitalisme, pour, mais surtout contre, le communautarisme africain tenu pour une forme de primitivisme. D'autre part, il y a une anthropologie dynamique qu'incarne à mes yeux Sally Falk Moore et nombre d'auteurs américains et canadiens avec lesquels je travaille depuis le colloque de Bellagio de 1981 (Le Roy, 1984b) au sein de la *Commission on Contemporary Folk Law* de l'Union Internationale des sciences anthropologiques et ethnologiques. C'est là où je me reconnais des accointances grâce à deux grands amis, l'américain Francis G. Snyder et l'australien Marc Gumbert. Mon cheminement m'a conduit depuis mes contributions à *l'Encyclopédie Juridique de l'Afrique* (1982) à multiplier des prises de position. Je reçois indirectement le soutien moral de Pierre Bourdieu (1986) critiquant le juridisme des anthropologues qui présupposent avec la coutume un droit à rédiger alors qu'il n'y a matière qu'à habitus, systèmes de dispositions durables. La place et le rôle de ces habitus restent encore mal pensés au regard d'une théorie générale du droit et sont sous évalués jusqu'au *Jeu des lois* (1999). Mais, à la fin de cette décennie 1980 je vais partir dans une direction proche mais différente, à la recherche de la créativité des Africains pour compenser la somme d'ignorances et de laxismes des juristes coloniaux à propos de leurs rapports juridiques au quotidien. Ces synthèses s'appuient sur un travail de terrain initié à partir de 1976 sur les décisions de conseils de communautés rurales dans le Cayor central, au Sénégal, (Le Roy, 1980, 1983, 1984a, 1984b, 1984c), sur un travail d'anthropologie urbaine pour le département « Urbain » de l'ORSTOM (Le Roy, 1988) au milieu des années 1980 puis sur la préparation de la réforme foncière des Comores de 1986 à 1989. Je commence à théoriser, avec la néerlandaise Gerti Hesseling, la notion de « droit de la pratique » (Le Roy et Hesseling, 1990) qui est ma première tentative, encore maladroite, pour confronter l'écrit de droit positif (hors de portée de la grande majorité des populations), une coutume à la fois dépassée et pourtant résiliente car tenue pour « bonne à penser » et des pratiques dont je propose une typologie en 2004 dans mon ouvrage sur la Justice

en Afrique (Le Roy, 2004). La vertu première de cette typologie est d'articuler ce que la doctrine juridique tient pour inconciliable, la modernité et la tradition, la théorie du droit des manuels et les pratiques réelles des acteurs de terrain.

- La décennie 1990 est donc d'abord marqué par l'officialisation de mon option pour un pluralisme juridique, posé à Oslo en 1991 (Le Roy 1991, 1993) puis systématisé à Montréal en 1995 sous la qualification de multijuridisme (Le Roy, 1998) et qui va devenir « radical » (en allant à la racine (*radix* en latin) des comportements de l'homme en société).

En 1995, dans le cadre de rencontres du Groupement européen de recherches sur les normes (GERN), je propose (Le Roy, 1997) le concept de « complexe normatif » pour expliciter les interactions et intersections entre des sources et des fondements du droit (en train de devenir la juridicité) que la théorie tient donc pour inconciliables mais que les pratiques des acteurs, en Afrique comme ailleurs, accumulent et coordonnent constamment. Ensuite, j'identifie une corrélation entre les sources du droit (loi, jurisprudence, doctrine et coutume) et les fondements d'une juridicité abordée d'une manière comparative et cosmopolitique (normes générales et impersonnelles NGI, modèles de conduites et de comportements, MCC, systèmes de dispositions durables SDD, ou habitus selon P. Bourdieu). Un tableau (1997-129) révèle moins des bijections totalement satisfaisantes entre sources du droit et fondements de la juridicité que des assimilations possibles entre la loi et la norme générale et impersonnelle, la coutume et, plus indirectement, la doctrine ou la jurisprudence avec des modèles de conduites et de comportements et une mauvaise prise en considération des systèmes de dispositions durables, pourtant au centre des pratiques des professionnels du droit. Un deuxième apport de cette contribution est d'aborder la hiérarchie de ces fondements de manière sélective dans quatre grandes traditions réparties sur notre planète. Je retiens ici la formulation du *Jeu des lois* (Le Roy, 1999).

Tableau N° 1

Hiérarchie sélective des fondements de la juridicité

Tradition	1° Fondement	2° Fondement	3° Fondement
Occidentale chrétienne	NGI	MCC	SDD
Animiste Communautaire	MCC	SDD	NGI
Confucéenne asiatique	SDD	MCC	NGI
Musulmane sunnite	NGI	SDD	MCC

Enfin, une troisième proposition se révélera riche de retombées ultérieures, poursuivant des interrogations relatives à l'émergence de cultures communes en Afrique. Je pose « une hypothèse infra-étatique, un droit commun populaire en voie d'émergence » qui sera largement concrétisée en 2004, de manière plurielle dans mon ouvrage sur *Les Africains et l'Institution de la Justice* et qui, modifiant la conception initiale de l'animisme, -privilégie les systèmes de dispositions durables comme base de ces régulations, un peu à la manière du confucianisme.

- La décennie 2000 approfondit les exigences du formalisme en abordant la place et le rôle de l'institution dans la culture juridique occidentale à partir des pratiques judiciaires (Le Roy, 2004) ou de la médiation. J'ai découvert bien tardivement dans ma vie intellectuelle l'importance de cette invention formelle associée à l'œuvre du juriste du XIII^e siècle Sinibaldo de Fieschi, devenu pape sous le nom d'Innocent VII. Pour faire saisir la complexité des données ainsi mobilisées, je cite la description technique qu'en donnent les auteurs du *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du Droit* (1993- 304).

Ce terme « désigne un type particulier de persona ficta et repraesentata, différent de la persona ficta de la corporation autant que de la fondation. L'élément caractéristique (et nouveau) de l'institution est la présence constitutive d'une auctoritas superioris externe qui, par la suite, acquiert le caractère immanent de la structure organisationnelle et performative de l'institution elle-même. Dans l'institution, le donné social et matériel se conjugue inextricablement avec l'aspect spirituel et symbolique : l'institutio est un corpus mysticum véritable et particulier ».

Dans cette définition d'une très grande richesse, mais qui peut rebuter le non-initié, on retiendra d'abord que l'institution relève de la fiction, un des outils essentiels, depuis le droit romain, pour autonomiser la production juridique tant à l'égard de la nature que de la société. *Fictio est figura veritatis*. Non la vérité du réel mais ce qu'on s'en représente (*figurare*) pour en maîtriser les implications et conséquences dans le quotidien. Ensuite l'institution est dotée d'une autorité supérieure qui l'extraie des formes usuelles d'organisation sociale pour la placer dans un positionnement, un topos externe et quasi divin, qui la rend non directement manipulable, comme en « lévitation ». Car, en tant que corps mystique véritable et particulier, l'institution est dotée d'une puissance sacrale² qu'on ne peut aborder qu'avec précautions. Tout en restant associée à l'immanence des faits sociaux et non à la transcendance des croyances religieuses, les frontières entre les deux mondes sont floues ou poreuses et l'institution est une invention d'un futur pape au profit d'une « *ecclesia* » qui en a usé et abusé par la suite avant d'en transmettre l'héritage à l'État moderne naissant. C'est à la fois un lieu de passage entre le visible et l'invisible, un foyer autonome d'autorité et d'énergies à l'ombre d'une transcendance progressivement laïcisée et un garant d'un ordre autant social que moral.

J'ai l'intuition que la conception du droit que nous connaissons depuis le XVII^e siècle n'aurait pas été possible sans ce support de l'institution comme relais entre l'État et la société civile. Mais comment se situe-t-elle par rapport à notre thème « Faire, Dire puis Écrire la norme juridique » et à d'autres modalités d'organisation de la vie en société ?

² Au sens du *sacer* romain, qui nous situe dans un hors champ, celui de la divinité puis du pouvoir impérial romain et des emblèmes républicains contemporains, telle la laïcité.

***Vitam instituere*, par l'Écriture et le droit, le Dire et la coutume et le Faire des habitus**

L'Institution, dans la version chrétienne puis occidentale que nous venons d'appréhender³, n'est naturellement pas le seul mode d'organisation et de formalisation de la vie juridique. Sa relation avec l'écriture apparaît évidente mais d'une évidence qui doit être nuancée car elle pourrait condenser toutes les inventions qui l'ont précédée et celles qui sont en émergence actuellement avec la bureaucratie numérique. Je vais rapidement rappeler l'importance du *vitam instituere* depuis l'apport décisif de Pierre Legendre, puis je commenterai l'art de l'écriture juridique, ce qu'on dénomme la légistique, à partir de mon expérience de rédacteur de réformes foncières, dont celle des Comores, de 1986 à 1989, une expérience qui a relayée par un « faire par des habitus » patrimoniaux, plein d'enseignements puisqu'il se poursuit depuis trente ans malgré les contraintes politiques nationales et internationales. Ensuite, je reviendrai à mon propre agencement de tâtonnements et d'approximations initiés en 1974 en rendant compte à Halifax, (NS, Canada) des avancées de mes observations sur l'oralité dans les tribunaux coutumiers congolais en 1972 et 1973. Enfin, je tenterai de relever le défi d'illustrer ce « Faire selon des habitus » en prolongeant les analyses et observations de mon ouvrage le plus récent *Faire « Communs »* (Le Roy, à paraître).

Vitam instituere : un processus complexe

Je citerai ici un bref extrait d'un des ouvrages centraux de Pierre Legendre *Sur la question dogmatique en Occident* : « Il s'agit de fonder la vie, de sorte que les fondements de notre droit relèveraient en définitive des fondements même de la vie dans l'espèce parlante. La pouvoir de référer, au moyen de la médiation des catégories juridique, serait donc, dans cette perspective, l'instrument social essentiel, destiné à faire prévaloir, à travers les générations qui passent et pour le compte de l'espèce, un impératif d'organisation, dont dépendent à la fois, par emboîtement ordonnés, l'aptitude des individus à la vie et à la reproduction des agglomérats sociaux » (Legendre, 1999, 117).

A condition d'avoir une conception non positiviste du droit, cette définition de Pierre Legendre a une applicabilité qui dépasse l'expérience occidentale pour rendre compte d'une part de ce collage entre les expériences de la vie et leur saisie pas le droit/juridicité et, d'autre part, de ces « emboîtements ordonnés » que nous allons décrire à travers le Faire, le Dire puis l'Écrire la norme juridique (que nous traiterons par commodité pour le lecteur dans l'ordre contraire).

Auparavant, revenons à cette observation de l'auteur : « *Le tout est maintenant de savoir en quoi consiste le pouvoir de référer, puis d'apprécier comment il joue à chacun des deux niveaux (sujet, société)* ». Il fait deux propositions :

- 1) « *le pouvoir de référer sert à traduire en termes institutionnels l'impératif de la différenciation propre à l'espèce humaine (...)* »

³ Pour identifier et particulariser cette conception, nous introduisons une majuscule caractérisant une position particulière d'autorité.

2) *Intégrer le sujet à la société, arrimer la société à l'espèce : la double fonction des techniques juridiques de la filiation* » (1999, 118-119)

Je n'aborderai pas la question de la filiation, d'une haute technicité, pour souligner seulement que l'intégration du sujet ne peut pas se faire uniquement sur la base de normes proclamées. Il faut qu'elles soient accompagnées de manières de dire et de faire qui les traduisent en pratiques référencées, c'est-à-dire comme des habitus. D'autre part, la différenciation dont parle P. Legendre ne caractérise pas seulement le sujet parlant mais tout le champ normatif. Pour arrimer la société à l'espèce, il faut pouvoir mobiliser des normes générales et impersonnelle mais aussi des modèles de conduites et de comportements qui donnent le sens (signification et direction) de ce qu'attendent les membres de cette société-là, dans ce contexte-là. Ceci suppose de reconnaître une place à part entière au pluralisme juridique et normatif. Enfin, et ceci est trop généralement ignoré, il est indispensable que normes et modèles soient accompagnés et complétés par ces « systèmes de dispositions durables » qui ne sont pas immédiatement conscientisés et relèvent du statut de données inférentielles telles que Rod Macdonald les a théorisées (1986).

Écrire la loi : une juridicité dite chez nous « le droit », imposée par en haut et de l'extérieur à un collectif

Il existe une discipline particulière qu'on dénomme « légistique », d'origine plutôt récente si on s'en tient à la notice de A.-M. Leroyer dans le *Dictionnaire de la culture juridique* (2003, 922-924) et qui serait sérieusement concurrencée en France par les offices parlementaires qui sont apparus dans les années 1990, en matière d'évaluation de la législation et d'évaluation des politiques publiques (1996). L'influence du droit comparé y est notable, en particulier celle de l'expérience suisse, et elle rendrait un double service, matériel et formel selon une distinction de Charles A. Morand. « *La première désigne les principes et connaissances servant à renforcer l'efficacité de la législation. La seconde désigne l'étude des procédés de mise en forme d'un projet normatif, notamment l'étude de la rédaction des lois* » (2003, 922-923). C'est ce second sens qui nous intéresse ici bien que la notice ne soit guère explicite sur ce point. Si elle souligne l'ancienneté de la préoccupation, elle indique pour la période contemporaine le souci « *du choix de vocabulaire, de la longueur des phrases, de la ponctuation, de la structure des textes. L'accent est également mis sur la nécessité de mettre à jour les textes, de les articuler entre eux avec la codification à droit constant* » (Idem, 924).

Les démarches que j'ai mises en œuvre en rédigeant des textes de lois portant Code rural au Niger, Réforme foncière aux Comores, Éléments de code pastoral au Sahel, soulignent en particulier la difficulté à faire coïncider la généralité (à vocation d'universalité) du texte législatif et l'impersonnalité des mesures particulières que le texte suppose avec les spécificités dans le temps et dans l'espace des cadres normatifs qui vont être ainsi consacrés. En outre, nous sommes dans des civilisations de l'oralité, avec des populations peu alphabétisées en français, la langue officielle de la vie juridique. Il s'agissait dès lors de poser des principes sans s'attacher au détail de leur applicabilité qui peut être donnée par d'autres textes, tels des circulaires ou notices d'interprétation à l'usage des citoyens, des magistrats et des administrateurs. L'idéal reste donc, dans les contextes francophones africains, des textes courts avec une terminologie détaillée en début de texte (on entend par « immatriculation la procédure par laquelle ... », un

vocabulaire épuré et en désignant clairement les différents bénéficiaires des mesures proposées : moins de grandes généralités et plus d'adaptation aux contextes locaux, surtout en cas de politiques de décentralisation. Enfin, préférer les lois d'orientation aux codes généraux, trop lourds et difficiles à adapter en cas de transformations locales rapides (Le Roy et alii, 2016 /1996). La justice étatique, même très imparfaite (Le Roy, 2004), peut apporter les solutions opportunes par voie de jurisprudence.

J'ai, en fait, une perception réservée voire négative, du recours « à tout va » à la législation. J'ai raconté ailleurs qu'une de mes rares réussites dans ce domaine fut justement d'aboutir, aux Comores en 1989, et par suite de l'assassinat du président Abdallah, à l'abandon politique de la voie législative et à la reconnaissance *de facto*, donc à la prévalence orale d'une néo-coutume foncière fondée sur la généralité des Communs, appuyée sur le droit musulman et des habitus locaux (Saïd, 2016).

Il existe en France des statistiques illustrant la piètre efficacité de recours à la législation qui apparaît comme une de ces croyances que nous reproduisons sans trop nous soucier de sa portée et de son efficacité. Le parlement français pourrait être mieux avisé de contrôler l'action du gouvernement et de faire prévaloir au quotidien l'État de droit, plutôt que de sacrifier au mirage du texte parfait et exhaustif, source de désillusions. N'oublions pas, enfin, que notre conception d'un droit positif moderne et occidental n'est pas la seule application passée, présente ou à venir de l'écrit juridique.

Encadré N° 1,

Deux expériences, hors normes, de l'écriture juridique, entre droit et coutume

Je vais ici aborder brièvement deux expériences qui pourront être approfondies mais révèlent surtout les possibles variations de registre, entre droit et coutume, selon les modalités d'intervention, ou non, d'une structure politique dotée du monopole de la violence et de la souveraineté, ce que nous appelons « État » chez nous depuis le XVII^e siècle.

- Le premier cas est camerounais. À la fin du XIX^e siècle, le sultan Njoya du royaume Bamoun, situé dans le centre du pays, préoccupé par l'adaptation de son petit pays aux nouvelles forces politiques, en particulier son insertion forcée dans un protectorat qui se transformait en colonie, inventa une écriture originale, influencée par l'arabe et les langues européennes. Il l'utilisa pour rédiger ce qu'on dénommera de façon synthétique un thésaurus des pratiques coutumières qui avait pour lui au moins la même valeur que les normes introduites par la colonisateur allemand mais sans se soucier de ce que ce dernier allait en penser puis en faire. Il faisait, dans son propre domaine de compétence, « œuvre de civilisation ». En contradiction avec les idées coloniales qu'on a déjà évoquées au début de cette note, son apport fut rapidement marginalisé puis oublié jusqu'à ce qu'un de ses descendants, Oumarou Nchouwat Njoya, se soucie au début des années 1970 de réhabiliter la mémoire de son ancêtre et vint à Paris, au Laboratoire d'anthropologie juridique, pour y consacrer une thèse de doctorat en droit et économie des pays d'Afrique, thèse que j'encadrais. Ce fut une bonne thèse, pas flamboyante mais honnête et respectueuse des représentations juridiques bamoun. Avec sans doute les « a priori » de l'époque mais cela fait partie des contraintes de la recherche qui vit avec les idées de son temps. Quand il revint à Yaoundé, au lieu du poste universitaire qu'il pouvait espérer, il fut placardisé et ceci pour la même raison que son aïeul : il avait, sans le savoir, approché puis attaqué le monopole étatique de la souveraineté à un moment où le président Ahidjo tentait de réunifier les deux parties

de l'ancien Cameroun allemand que le traité de Versailles avait attribué aux principaux vainqueurs du premier conflit mondial, français et britannique. Selon ce que j'en appris, il ne pouvait y avoir de reconnaissance du droit qu'inscrit dans la représentation moderne et occidentale de « l'État », donc toute tentative d'indigénisation d'une juridicité était condamnée d'avance et renvoyée dans l'enfer de la coutume, voire de la sauvagerie.

- La naissance d'une juridicité islamique

On sait que le droit musulman francophone est né à la Cour d'appel d'Alger dans les années 1930. Ce fut une démarche strictement coloniale qui enferma les solutions casuistiques des Cadis et autres Ulémas dans le maillage du Code civil des Français de 1804. On savait aussi que l'interprétation du corpus original de la juridicité musulmane issu du Coran et des hadiths du prophète s'était partagée entre quatre grandes écoles réparties à travers le monde, ainsi que l'incidence de différents schismes, en particulier le chiisme prédominant en Iran. On savait également que les efforts d'interprétation, d'explication ou d'éclaircissement des bases juridiques avaient été stoppés dans le monde sunnite majoritaire quand on avait « fermé les portes de l'effort ». Mais, personnellement, je supposais que la révélation prophétique avait été coulée, du vivant de Mahomet, dans les formes de l'écrit et de l'écriture arabe et que si on avait pu manipuler les sources, ce qui est très humain, les musulmans disposaient, dès le début de leurs conquêtes les amenant à un des plus grands empires que le monde ait connu, d'une construction juridique à la hauteur de leurs ambitions politiques et idéologiques. La publication de *Les derniers jours de Muhammad* de Hela Ouardi en 2017 fut comme un coup de tonnerre. J'y découvris la tolérance à l'égard des Juifs, la violence des rivalités entre clans et entre fidèles du prophète, les stratégies de confiscation du nouveau pouvoir et d'expulsion d'Ali de la scène politique et, cerise sur le gâteau, que le premier document attestant de la mise en forme écrite des révélations du Coran datait d'un siècle après la disparition du fondateur. Que s'est-il passé entre la mort du prophète en juin 632 de l'ère chrétienne et la fixation du corpus islamique par l'écrit, alors que le prophète pratique l'écriture et qu'il est entouré de scribes ? « *Il est étonnant qu'aucun document écrit ou dicté par Muhammad, aucune transcription d'un verset coranique n'ait été conservée et ne soit parvenue jusqu'à nous* » (2017, 245).

Le mystère reste entier. Notre auteure fait le point des connaissances relatives aux trois sources fondamentales de l'Islam et relève que « *le corpus coranique tel que nous le connaissons actuellement n'aurait été fixé que tardivement* » une note ((2017,354) indiquant « *au début du II^e/VIII^e siècle pour la tradition sunnite. Les shiïtes proposent une autre chronologie pour la fixation du texte coranique, affirmant que 'Ali a réuni le Coran au lendemain de la mort du Prophète* ». « *Viennent ensuite les hadiths (dits du Prophète), cette tradition scripturaire étant composée de six collections canoniques. Le corpus énorme des hadiths rédigés sous le règne des Abbassides au III^e/IX^e siècle est composé de dits, de faits et gestes attribués au Prophète (Sunna) que chaque musulman doit imiter. Les hadiths sont devenus, au fil des temps, l'objet d'un culte (...) Pourtant il est reconnu depuis longtemps que les hadiths sont, en grande partie, apocryphes. (...) seuls sept mille paraissent fiables. Enfin, pour connaître la vie de Muhammad, on se réfère aux biographies canoniques qu'on appelle Sira (conduite) ou Maghâzi (razzias) portant sur les campagnes militaires. Elles (...) permettaient de fixer la loi religieuse et la liturgie.* » (2017, 245-246)

Un juridique « proto-étatique » est donc absent aux débuts de la conquête de la moitié du bassin méditerranéen ce qui ne veut pas dire absence de juridicités ou de

normativités. On a relevé dans la citation ci-dessus l'importance <de dits, de faits et gestes> qui sont ici attribués au Prophète mais qui sont la marque d'une pratique juridique coutumière que nous approfondirons plus loin et qui est un héritage des populations bédouines. Par ailleurs, la régulation politique est basée sur le califat qui est comme « *instance, une institution politique inédite, basée sur l'idée de se substituer au Prophète* » et qui se « *conçoit comme une institution infaillible* » (2017, 233).

Cette infaillibilité pourrait être l'équivalent de ce que la tradition occidentale associe à la souveraineté de l'État, un marqueur idéologique fondant la revendication au monologisme, structure commune aux religions du livre. D'ailleurs, les parallélismes entre Islam et Papauté m'apparaissent nombreux, ne serait-ce que dans les conditions différées de fixation par l'écrit de la Révélation ou par l'incidence de l'infaillibilité dans le gouvernement du monde. Faut-il se souvenir que l'infaillibilité pontificale dans l'Église catholique n'a été réduite au domaine de la foi que par le concile de Vatican 1, en 1870 ?

Une conclusion de l'absence de normes générales et impersonnelles mobilisées par un État naissant peut en être tirée : l'écrit juridique ne conduit pas nécessairement au droit tel que la tradition occidentale l'a fixée depuis le XVII^e siècle et les Ottomans n'y arriveront que très tardivement.

Pour rendre compte de cette créativité musulmane, il faut se rapprocher des instruments conceptuels que mobilisent les acteurs et qui sont, ne nous en déplaisent à nous laïcisés, de l'ordre de la foi et de la confiance dans les intermédiaires religieux.

Dire la coutume, avec ses modèles de conduites et de comportements, selon une juridicité négociée

Nous revenons maintenant aux questions que nous nous posions, au LAJ, durant les années 1970. Mon premier terrain chez les Wolof du Sénégal en 1969 avait apporté quelques distinctions sur lesquelles je reviendrai mais la vie juridique était influencée à l'époque coloniale par recours à une écriture juridique élitaine non assimilée généralement, donc sélectivement mobilisée et pratiquée sous la forme d'un droit coutumier islamisé dans quatre juridictions de Cadis⁴ en matière de droit personnel (mariage et successions) (le *yon Yallah*) et par les juridictions coutumières succédant au *yon-i-bur*, la voie du chef/roi et maintenant présidées par les Commandants de cercle, donc « francisées ». Nous sommes dans une culture de l'écrit juridique, mais « à la mode de chez nous, » Wolof et autres populations dominées et destinées à l'assimilation. Je découvre en 1969 derrière ces « institutions néo-coloniales » des pratiques qui sont juridiques pour mes informateurs locaux, mais étrangères au droit sénégalais. Ce sont, en fait, des habitus que j'ai en face de moi mais que je suis encore incapable de théoriser. J'en reparlerai donc dans le paragraphe suivant.

Ce sont mes expériences du Congo, durant les années académiques 1971-1972 et 1972-1973, puis en Casamance sénégalaise, en 1979 et pour le compte de l'association italienne de droit comparé, qui vont apporter deux enseignements fondamentaux : dire la norme suppose des formes expressives originales et s'y transmettent des modèles de

⁴ Je travaillerai dans la juridiction de Saint-Louis en 1976, juste après la fermeture de cette juridiction suite à l'entrée en application du Code sénégalais de la Famille, frappé par l'état d'abandon des archives constituées depuis le milieu des années 1840 ?

conduites et de comportements également originaux et qui « signent » une coutume particulière.

- *Des formes originales*

En 1972, et pour enseigner le droit vivant à mes étudiants congolais dans le cadre d'un cours d'histoire des institutions africaines, je suis introduit dans des tribunaux de quartier de Brazzaville. Ils sont dits « coutumiers » et ont été mis en place à la suite de la conférence de Brazzaville pour restituer un peu d'autonomie aux modes de résolution des conflits locaux. Outre le tribunal du chef Denis à Poto-Poto, je fréquente celui du chef Nkewa de Baongo et j'y repère que la structure de prise en charge du différend et de sa résolution repose sur un mode ternaire. Je vais le théoriser, par emprunt à des catégories de droit grec ancien tenues pour généralisables et moins ethnocentriques que si je mobilisais le français, voire le latin. Ces trois temps (Le Roy, 1974, 1999, 2004) sont la *theoria*, ou exposé des faits et des logiques mobilisées selon la version de chaque acteur, la *crisis* ou confrontation entre ces interprétations sous à la recherche d'une certaine vérité ou d'une base commune de négociation et la *catharsis*, originellement une purification du différend et plus prosaïquement la proposition d'une solution et l'acceptation, plus ou moins libre ou imposée aux parties, au nom de la communauté locale et d'une exigence de solidarité.

Ces distinctions sont déjà au centre de mon article « Justice africaine et oralité juridique » de 1974. Dix ans après, en 1984, Jacqueline Morineau (1998) repère la même structure ternaire dans les procédures de médiation judiciaire dans des contextes français et use de la même terminologie, un usage que j'aurai l'occasion de confirmer ultérieurement. J'y retrouve cette exigence, selon une formule que j'avais relevé au Sénégal « de réintroduire la paix comme elle était auparavant ». Sur un autre terrain sénégalais, chez les Diola de Casamance, en 1979, j'enregistre une procédure de prévention de la délinquance et du passage au recours à la violence qu'on appelle le triple avertissement, à l'attention et au bénéfique supposé d'individus peu ou mal socialisés, des jeunes le plus souvent. Dans un premier temps, l'aîné qui a repéré un écart dans les comportements sociaux en fait la remarque au jeune sans procédure ou protocole mais de manière détaillée et convaincante. Il est entendu que c'est le devoir de tout aîné, quel que soit le rapport de parenté ou d'affinité, de formuler ce premier avertissement. Si l'individu persévère dans sa conduite asociale ou délictueuse, il est convoqué la nuit, sous l'arbre à palabre, peut-être dans le bois sacré, par le patriarche du village qui émet solennellement un deuxième avertissement sur le thème du « *ninii* », c'est interdit. Il transmet aussi préventivement le troisième avertissement qui sera communiqué aux proches du délinquant. En cas de récidive après le troisième avertissement, radical, il était mis à mort et son corps enterré dans une termitière, pour y être dissous, ou expulsé du village et de la société diola et sorti de la généalogie lignagère pour signifier sa mort sociale.

Ce que l'on peut retenir de ces exemples est moins une forme typique particulière (*theoria*, *crisis*, *catharsis*) qui traverserait l'ensemble des cultures à oralité juridique (la preuve est difficile à avancer) que l'incidence de la structure narrative ternaire et la référence constante au pluralisme normatif qui commence à trois facteurs mobilisés dans une même figure normative. Ce serait donc bien un trait diacritique majeur au regard du monologisme du discours du droit, donc de l'interprétation moderne de l'écrit juridique.

- Un autre trait qui me paraît toujours déterminant et, lui aussi, un marqueur de l'oralité vis-à-vis de l'écrit juridique est la mobilisation de modèles de conduites et de comportements. Mon interlocuteur de 1979 avait complété son récit du deuxième avertissement en m'indiquant que le rappel à l'ordre était accompagné de conseils fermes et il avait usé de cette formule « comme la morale dans un conte », dont on connaît par ailleurs la fonction fondamentalement pédagogique, voire moralisatrice.

Toutes les sociétés coutumières que je connais semblent distinguer entre « bonnes » et « mauvaises » coutumes et préconisent naturellement les premières qu'elles s'efforcent de transmettre selon des formes ici également originales. Les sociétés africaines du sud du Sahara recouraient majoritairement à l'initiation au sein de classes d'âge contrôlées par les aînés regroupés par exemple dans des « sociétés de masques » dans le cadre de bois sacrés, lieux spécialement dédiés à ce type de transmission. Les Wolof qui avaient connu anciennement ces institutions dénomment ce « dit juridique » *wakh i mag*, littéralement, « la parole des aînés ». Il tient sa force de son expression orale codée et de son ancienneté tout étant tourné non vers le passé mais vers le présent et le futur. En 1970 je considérais que « *le wakh i mam est, si on veut, le fondement objectif du droit* (je dirai maintenant juridicité) *qui a ses sources* » (1970, 241). J'en identifiais alors deux, le *ba :kh i mam* et le *waso*. « *Le ba :kh,, substantif dérivé d'un verbe qualificatif selon le dictionnaire de Mgr Kobès (1923) a pour sens premier le bon, le bien, le sage, l'utile* », tout cela étant hérité des grands parents»(*mam*) au sens générique. Selon ce dictionnaire il exprime l'ensemble du « droit coutumier », ce qui me semble excessif et hasardeux tant par l'usage des deux termes que par la généralité de l'expression. Ce 'bon des anciens' correspondait « à un usage immémorial » (1970, 242) mais était contrebalancé par le *waso*. Ce *waso*, c'est l'acte comme usage et habitudes, que nous le retrouverons avec le « Faire selon les dispositions durables ». Il était accompagné anciennement mais vraisemblablement dans un contexte d'acculturation juridique, du *waref* qui est dérivé du verbe *waral* « obliger » et, comme acte juridique, signifie l'obligation consentie entraînant des effets de droits. Ce terme est à la base d'une théorie implicite des obligations, ou plus exactement de la responsabilisation juridique autour de la notion de *warugar*, un concept clef qui absorbe ce que la théorie moderne française du droit entend par personnalité juridique, faute et sanction (1970, 242-243). La racine *war*, devoir, est au cœur de la pensée juridique wolof. Derrière ces modèles mobilisés, on devine des attentes et des types idéaux : pratiques privilégiées des patriarches (es *borom*) qui vont conduire le groupe, pratiques conseillées ou recommandées à l'usage du tout-venant, pratiques déconseillées aux risques du pratiquant, pratiques interdites mais qui en les dominant ouvrent au statut de héros civilisateur, par exemple, etc.

Enfin, rappelons ce que soulignait, dès les années 1960, Michel Alliot (2002), : chaque groupe fait son propre droit au sens de sa propre juridicité et nulle homogénéisation ou simplification ne peut rendre compte de l'originalité et de la performativité des solutions qu'elles proposent.

Faire, par un acte posé, selon des systèmes de dispositions durables et pour que prévale une juridicité acceptée par le plus grand nombre

Poser un acte, c'est faire en sorte que ce qu'on a pratiqué comme geste, mouvement, suite d'opérations techniques ou de schèmes verbaux reste mémorisé et puisse être pour soi et pour les autres, témoins ou co-participants, le point de départ d'un état particulier, à savoir se sentir obligé par les conséquences qui peuvent, immédiatement

ou à plus long terme, en être tirées. Ici, le formalisme est minimaliste mais on doit supposer qu'il existe un signe ou un accent qui initie le processus de mémorisation : la paumée des marchands de bestiaux sur nos foirails n'est pas seulement la rencontre de deux mains, c'est l'expression d'un accord de volonté qui rend l'acte d'échange parfait et définitif. C'est s'inscrire, volontairement ou non, à l'origine d'une relation qui va nous lier à autrui et qu'on devra apprendre à gérer, en découvrant que ce geste posé s'ouvre à un rapport qui nous oblige et qui, par transformations procédurales successives orales ou écrites, sera l'objet d'une sanction donc s'inscrit dans un processus juridique.

Il s'agit là d'une sorte de continent perdu, celui des pratiques au quotidien, à l'origine d'une juridicité pratique que j'avais cherché à maîtriser depuis trente ans sous la qualification de « droit de la pratique ». (Le Roy, Hesseling, 1991) Je vais en résumer brièvement les enjeux avant de revenir aux travaux de Jacques Vanderlinden qui me paraît avoir, dans une étude de 2015, apporté une contribution décisive à cette question.

- *Des données anciennes à réinterpréter*

Cela faisait longtemps que je supposais l'existence d'un support normatif sur lequel reposaient ou s'arrimaient les productions juridiques instituées quand on dit la norme, institutionnalisées quand on l'enferme dans l'écrit. J'avais même, dès mon premier terrain, partagé avec mes interlocuteurs paysans wolof des pratiques culturelles qui, avec le recours à des techniques et à des outils, pouvaient avoir, entre eux et pour eux, des conséquences et faire naître des obligations. En utilisant un outil, un geste était posé sans qu'un commentaire soit nécessaire pour en apprécier la portée car cela relevait bien des « systèmes de dispositions durables » propres aux agriculteurs.

L'usage de l'hilaire, cette lame de fer en forme de croissant attachée à un long manche et qui permet de travailler debout, de préserver le sol en coupant les racines des herbacés sous la structure superficielle du sol et de maintenir sa fertilité lors des fortes pluies de l'hivernage (*nawet*) donc permettant d'éviter leur lessivage, réactualise des droits fonciers après une période de jachères de plusieurs années. Dans des contextes de limites de champs peu ou pas inscrites dans le paysage tout en étant mémorisées par les protagonistes (chefs de terres en particulier), tout dépassement peut être à l'origine de conflits. Ici et là le vieux proverbe du Moyen-âge « qui terre a, guerre a » reste d'actualité. Je pouvais aussi méditer sur l'usage de la hache lourde d'abattage (*rock*) qui permet de défricher un espace naturel boisé et non encore approprié et celui d'un outil plus léger (*ngadyo*) qui permet de couper les rejets et d'entretenir un champ jadis exploité et remis en culture après jachère. Ces deux outils aux fonctionnalités proches entraînent des droits fonciers fort différents que restituent les titulatures (*laman rock, borom ngadyo*). On pourrait multiplier les exemples dans d'autres domaines mais, de façon générale, on peut poser que tout acte est porteur d'incidences ou de conséquences qui seront ou non concrétisées quand il faut passer du Faire au Dire, de l'implicite à l'explicite, de l'inférentiel au référentiel. Il en va de même chez nous mais nous l'oublions.

C'est donc ce que les Wolof dénomment « *waso* », les usages, abordés selon un critère utilitariste et non selon des références morales, politiques ou religieuses comme ce qui façonne le *bak ;h i mam*.

Reste à apprécier en quoi et pourquoi ces « usages » sont à la base d'un processus de juridicité, en quoi ils en sont un élément déterminant sans lequel le processus lui-même ne serait pas fonctionnel. L'apport de Jacques Vanderlinden est ici décisif.

- *Au-delà de la coutume*⁵

Jacques Vanderlinden a proposé en 2015 une nouvelle synthèse (« Ultimes égarements... ») de ses travaux sur la coutume dont il est devenu le meilleur spécialiste francophone. Il part ici d'une proposition (que je tiens volontiers pour un postulat) de Rod. Macdonald (...). « *Le droit implique davantage que simplement écrire un texte ; en effet exprimer le droit peut être fait par la langue des signes, le geste et uniquement un simple acte* » (Macdonald, 2011, 321-322). L'enjeu est de comprendre la place du « Faire » donc du geste, plutôt que du Dire donc de l'oralité dans la production de ce qu'on appelle généralement « le droit », que J. Vanderlinden dénomme des « normativités » mais que je qualifie de juridicité.

Si l'intériorisation du Faire par un individu est déjà le point d'entrée dans la normativité, J. Vanderlinden considère que « *l'imaginaire de l'individu ne (l)'intéresse que dans la seule mesure où il tend à fonder une norme aboutissant à la restauration de l'harmonie sociale (... et avec) comme but la survie de la société à travers la réalisation d'un équilibre entre les aspirations plus ou moins contradictoires de ses membres*, (2015, 26). Mais ce qui est pour lui déterminant c'est le « for intérieur » de l'individu et il convient de le citer in extenso :

« *Le pluralisme normatif radical fournit peut-être un élément de réponse à la question du <pourquoi et du comment le fait>. Celui-ci propose en effet que **l'origine de la norme réside dans le « for intérieur » du sujet, au lieu de rencontre des moi multiples qui composent la personnalité de chacun**. Il remonte ainsi à la racine (radix en latin, d'où le recours à l'adjectif radical pour le qualifier). En cela il rejoint le pluralisme juridique critique de Macdonald lorsque celui-ci affirme [ma traduction de l'anglais] que : « La revendication de base est que la caractéristique centrale du droit coutumier n'est pas qu'il est implicite, ni même qu'il est non écrit. La revendication est ici que le droit coutumier est inférentiel, (non discursif, relevant de l'idéal, non chirographaire) (2015, 127. C'est moi ELR qui souligne en gras).*

Il privilégie dès lors une expérience de la coutume qui « *se situe nécessairement en dehors du cadre de l'État, et donc du droit, au sens classique du terme. Nous sommes, à mes yeux, dans un environnement totalement différent au sujet duquel la qualification de « juridique » est une source constante de confusion* » (2015, 130). Il propose ainsi de substituer le « Faire » à la notion de coutume et je ne saurais le critiquer puisque très tôt dans ma recherche j'avais défini la coutume observée au Sénégal comme « manières de dire les manières de faire à la lumière de l'expérience de nos ancêtres ». Il propose également, là où j'utilise la notion de systèmes de dispositions durables, d'appeler « *<pratiques normatives> les manifestations de normativité qui apparaissent de manière autonome dans le cadre étatique, sans y être englobées, directement ou indirectement, ou en dehors de celui-ci, à travers le monde. Dans tous ces cas, nous nous situons en dehors des droits et de leur vocation totalitaire* » (132).

⁵ Ce paragraphe reprend des analyses de *Faire Communs* (Le Roy, à paraître) dans le premier chapitre de la deuxième partie. Je commente un article de JV qui distingue quatre conceptions de la coutume dans ses applications européennes et africaines pour ne retenir qu'un type IV comme illustratif d'une normativité hors de l'État et de son droit.

Pour ce qui concerne la construction du paradigme de la juridicité (auquel Jacques n'adhère pas en trouvant le terme trop « brutal ») je retiens en particulier que notre auteur tient ces normes originales pour non juridiques, sans doute pour en préserver l'authenticité et éviter leur contamination conceptuelle avec le droit positif. Il s'en était déjà expliqué lors d'un colloque de Paris 13-Paris Descartes de 2011 sur « le pluralisme juridique à l'épreuve de l'histoire », employant en particulier la qualification de pluralisme normatif où, à l'exemple de l'Acadie, « *des individus rattachés à de multiples sociétés de toutes natures gouvernent leurs rapports sociaux selon des normes diverses de leur choix en fonction de l'une ou l'autre des personnalités multiples et des circonstances* » (Vanderlinden, 2013, 391).

C'est bien, dans tous les cas, à la racine des phénomènes de normativité que ces analyses nous conduisent puis, par un enchaînement qui repose sur la sélection des outillages normatifs, qui peuvent mener du Faire au Dire et du Dire à l'Écriture juridique, les soubassements fonctionnels du Faire et du Dire dans l'écrit restant toujours présents et devant être constamment mémorisés. La juridicité est une histoire qui se raconte dans sa complexité.

Conclusions

Le tableau ci-dessous résume les apports de cette démarche une fois qu'on a rétabli l'ordre « naturel » d'ajustement des situations et des procédés ou procédures, partant des actes posés dans la Faire puis passant à leurs cristallisations orales ou à leurs formalisations écrites.

Tableau récapitulatif N° 2

Mode d'expression normatif	Forme privilégiée	Support	Ordonnement	Autorités	Actualité
Faire	Geste posé	SDD	Accepté	Sachants	Experts
Dire	Dialogisme	MCC	Négocié	Coutumiers	Médiateurs
Ecrire	Légistique	NGI	Imposé	Hommes de loi	Rédacteurs parlementaires

On peut en tirer deux enseignements.

- 1) On est face à une séquence normative qui peut être plus ou moins développée, détaillée et justifiée⁶ mais qui n'est qu'une parmi une multitude d'autres séquences qui seront, ou non, mobilisées selon le contexte de nos pratiques puis le type d'autorité qui se prononcera sur sa pertinence et ses conséquences dans la vie sociale. L'image de notre système neuronal pourrait sans doute être utilisée pour illustrer ce pluralisme des potentialités normatives. Mais il importe surtout de prendre conscience de cette implantation de la production juridique formalisée par le discours et par l'écrit dans ce « continent perdu des pratiques » et, secondairement, des spécificités qu'induisent les formalismes de l'oralité et de

⁶ La question la plus sensible étant « de quelle autorité est doté le montage normatif ainsi privilégié ? », et « quel en est le gardien ou le garant ? »

l'écriture. La tâche est ici grande pour tous les pédagogues soucieux d'une formation juridique pragmatique et réaliste.

- 2) Nous sommes, dans ce tableau n° 2, face à des types idéaux qui dans la réalité des pratiques institutionnelles contemporaines vont pouvoir se combiner de manière plus ou moins cohérente ou pragmatique. En 2004, j'avais montré, à propos de la conception française du procès (Le Roy, 2007) qu'on pouvait distinguer entre le mode classique du procès fondé sur la punition et un ordonnancement imposé et une expérience plus récente d'un mode négocié de prise en charge des différends que j'avais observé avec la justice de cabinet des juridictions pour mineurs ou les tribunaux paritaires. La médiation apparaissait alors comme un mode original dont il fallait préserver l'authenticité. Depuis, les pratiques ont évolué et les magistrats ont renforcé leur emprise sur la médiation judiciaire, de même que les médiateurs, en se professionnalisant, se sont institutionnalisés en se rapprochant du modèle judiciaire. J'ai donc proposé aux magistrats du groupement européen des magistrats en médiation (GEMME), réunis à Bordeaux en juillet 2018, d'examiner la possibilité d'une nouvelle réponse associant médiation et judiciarisation (Le Roy, à venir).

Le passage par des expérimentations sur le terrain est en effet la principale condition pour trouver des solutions adaptées aux enjeux normatifs du XXI^e siècle.

Bibliographie des ouvrages cités

Alliot Michel, 2002, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Choix de textes sélectionnés et édités par Camille Kuyu, Paris, Karthala.

Arnaud André-Jean et alii (eds.), 1993, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du Droit*, Paris, LGDJ, 2^e édition.

Bourdieu Pierre, 1986, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 69, 40-44.

Dumont Louis, 1984, *Essais sur l'individualisme*, Paris, Seuil.

Laboratoire d'anthropologie juridique (1980, non publié,) *Sacralité, Pouvoir et Droit en Afrique*, actes du colloque des 4&5 janvier 1980. Consultable en version numérique c/o E. Le Roy.

Legendre Pierre, 1999, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard

Le Roy Étienne, 1970, *Système foncier et développement rural : essai d'anthropologie juridique sur la répartition des terres chez les Wolof ruraux de la zone arachidière nord du Sénégal*, thèse de doctorat d'état en Droit, Paris, F.D.S.E.,

1971, "Droit et développement en Afrique noire francophone après dix années d'indépendance politique" *Revue sénégalaise de Droit*, N° 9, mars, 52-72.

1974, "Justice africaine et oralité juridique" *Bulletin de l'IFAN*, série B, Tome XXXVI, °3, 559-581.

1980, « L'émergence d'un droit foncier local au Sénégal », in *Dynamiques et finalités des Droits africains*, (G. Conac Ed.), Paris, Economica, 109-140.

1982, « Introduction à l'étude des Droits non étatiques" - "La formation du Droit coutumier" - "La formation du Droit coutumier islamisé" - Contribution au chapitre XVI du volume I, 'l'Etat et le Droit', de *l'Encyclopédie juridique de l'Afrique*, « Caractères des Droits fonciers coutumiers" , "Modes d'acquisition et preuves des Droits fonciers coutumiers", "Les objectifs de la colonisation française et belge" , chap. II, V et VI du volume V Droits des biens,, ss la dir. de Pierre Gonidec, Dakar, Nouvelles Editions Africaines,, p. 353-391 pour le T.1, p. 71-95 pour le T. 5.

1983, « Le sous-préfet, le président de la communauté rurale et les paysans : limitation de la compétence judiciaire et adaptation du contentieux administratif dans le règlement des conflits fonciers au Sénégal depuis 1972", Communication au séminaire interdisciplinaire d'études juridiques des facultés universitaires de Saint-Louis de Bruxelles, F. Ost et al. (eds), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, transformation et déplacements*, Bruxelles, P.F.U.S.L., p. 531- 579.

1984a, "Enjeux, contraintes et limites d'une démocratisation d'une administration territoriale. Lecture anthropologique des innovations politiques et juridiques au sein des communautés rurales sénégalaises (1972-1980)". Communication au colloque 'Démocratie locale et participation populaire dans les pays africains et arabes'. Oran, mai 1982, *Annuaire du Tiers-Monde*, vol. VIII, 63-76.

1984b, "Local Law in Black Africa: contemporary experiences of Folk Law facing State and Capital in Senegal and some other countries". Communication au symposium <State Institutions and their Use of Folk Law: Theoretical and Practical Issues>. Commission on Contemporary Folk Law de l'Union Internationale des sciences anthropologiques et ethnologiques, Bellagio, Italie, 21/25 septembre 1981. *People Laws and State Law. The Bellagio Papers*, edited by A. Allot et W. Woodman, Utrecht, Foris,, 253-262.

1984c, (avec Alba Negri) "L'esprit de la coutume à travers des exemples sénégalais contemporains", paru en traduction italienne *Africa* (Rome) sous le titre "Le spirito della consuetudino. Alcuni esempi del modo di concepire il diritto nel Senegal contemporaneo". Version remaniée (seul auteur) sous le titre "L'esprit de la coutume et l'idéologie de la loi, à partir d'exemples sénégalais contemporains"; colloque de l'ARSOM, publié par Jacques Vanderlinden,, *Connaissance du Droit en Afrique*, Bruxelles ARSOM, 1984, 210-240.

1988, "Communautés d'Afrique noire et protection des Droits de l'individu face au pouvoir. Problématique, modalités et actualité". Contribution à la publication de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions à la suite de son congrès de Delphes sur le thème '*L'individu face au pouvoir*', J. Vanderlinden (ed.), Paris, Dessain et Tolra, Recueil de la SJBHCI, N° XLVII, 1988, p. 37-63.

1988b, *L'analyse de processus et la gestion urbaine, (Thiès, M'Bour et Richard Toll, Sénégal)*. Réunion de textes. Paris LAJP, juin, 101 p.

1990, "La coutume et la réception des Droits romanistes en Afrique noire". Rapport préparé pour la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, congrès de Bruxelles de septembre 1984. *La coutume*, édité par J. Vanderlinden. Recueil de la SJBHCI, Tome LI, 117-150.

1991, « Research on the Internal law in developing countries: From development law to the pluralist definition of the rule of law", *The European Journal of Development Research*, vol. 3, december 1991, pp 78-83,. Version française *Etat des savoirs sur la développement*, Paris, Karthala, 1993, 75-83.

1994, " Le code civil au Sénégal ou le vertige d'Icare", *La réception des systèmes juridiques ; implantation et destins*, sous la dir. de J. Vanderlinden, Bruxelles, Bruylant, 291-330.

1997, « La face cachée du complexe normatif en Afrique noire francophone ", *Normes, normes juridiques, normes pénales, pour une sociologie des frontières*, sous la dir. de Philippe Robert, Francine Soubiran-Paillet, Michel van de Kerchove, Paris, L'Harmattan, col. Logiques sociales, tome 1, 123-137.

1998, L'hypothèse de multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité, Lajoie Andrée et alii, *Théories et émergence du Droit, Pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, Bruxelles, Bruylant, 29-43.

1999, *Le jeu des lois, une anthropologie 'dynamique' du Droit*, Paris, LGDJ, col. Droit et société, série anthropologie, 415 p.

2004, *Les Africains et l'institution de la Justice, entre mimétismes et métissages*, Paris, Dalloz.

2007, Le dédoublement du procès, cérémonie de reconstitution du lien social". in Edwige Rude-Antoine (sous la dir. de), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, PUF- CURAP,, 13-30.

2015, « How I Have Been Conducting Research on the Commons for Thirty Years Without Knowing It", David Bollier and Silke Helfrich (eds.), *Patterns of Commoning*, Amherst, MA, Off the Common Books, 277-296.

2016, *La sécurisation foncière en Afrique, pour une gestion viable des ressources renouvelables*, (en association avec A. Karsenty et A. Bertrand), Paris, Karthala, 1^o ed. avril 1996.

2017, *Une juridicité plurielle pour le XXI^e siècle. Une approche anthropologique d'une propédeutique juridique*, Sarrebruck, Editions universitaires européennes.

2018, « La décolonisation juridique, un préalable à toute sécurisation foncière dans les métropoles africaines francophones », postface à Lamine Doumbia, *Le foncier urbain à Bamako (Mali). Processus dans l'impasse et diligence des acteurs face à l'équation*, Köln, Rudiger Köppe Verlag,

À paraître, *Faire Communs, anthropologie d'une juridicité en-deçà et au-delà du droit*, Paris, LGDJ.

À venir « Jusqu'ou défendre la cause de la médiation dans les enceintes judiciaires ? Plaidoyer pour un enrichissement des pratiques et du vocabulaire juridique et normatif », Communication aux journées du GEMME, Bordeaux, juillet 2018, ENM,

Macdonald Roderick A., 1986, " Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle ", *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, p. 47-58.

Morineau Jacqueline, 1998, *L'esprit de la médiation*, Toulouse, Erès.

Ouardi Hela, 2017, *Les derniers jours de Muhammad* », Paris, Albin Michel, col. Spiritualités vivantes.

Rist Gilbert (ss la dir. de.) ", *La culture, otage du développement ?*, Paris, L'Harmattan, 1994.

Saïd Mahamoudou, 2016, *Comores. A qui la terre ? Par-dessus les conflits de propriété, les réalités de la gestion en commun*, Paris, Karthala.

Vanderlinden Jacques (ed.), 1984, *Connaissance du Droit en Afrique*, Bruxelles ARSOM

1988, (ed), *L'individu face au pouvoir*, Paris, Dessain et Tolra, Recueil de la SJBHCI N° XLVII.

1990, (ed.), *La coutume*, Recueil de la SJBHCI, Tome LI,

-2015, " Ultimes égarements à propos de la coutume ", Albarian Alexis et Moreteau Olivier (ss la dir. de), *Le droit comparé et ... Comparative Law and... Actes de la conférence annuelle de Juris diversitas*, Aix Marseille, PUAM, 117-135.